



Department of Justice
Canada

Ministère de la Justice
Canada

Government
Publications

CAI

J

-84D34

Divorce Law In Canada: Proposals For Change



3 1761 11764677 8

Canada

CA1

J

. 84 D34

Divorce Law In Canada: Proposals For Change



Published under the authority of the Minister of Justice.

Également disponible en français.

© Minister of Supply and Services Canada 1984
ISBN 0-662-52350-4
Cat. No. J2-43/1984

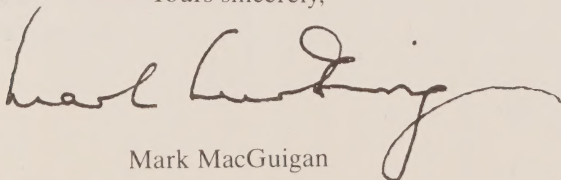
When Canada's first uniform divorce laws were passed in 1968, the federal government promised to review those laws as circumstances changed. In the fifteen years since then, much has happened in Canada. There have been shifts in the traditional roles of family members, a broader understanding of the complexity of marriage relationships, and greater acceptance of divorce as a reasonable solution to a marriage that has broken down. It is time, therefore, to reassess our divorce laws in terms of current social realities.

That view is supported by legal associations, church representatives, mental health professionals, social workers, women's groups and concerned individuals across Canada. They agree with our belief that the current *Divorce Act* is needlessly adversarial. They share our concern that the present law, which places an emphasis on the fault of one spouse for the marriage's failure, makes a difficult situation even more difficult, and minimizes any chance of reconciliation.


In addition, the *Divorce Act*, as it now stands, is vague about the rights of children, even though divorce can have a tremendous impact on their welfare.

Our proposals for reform in no way undermine the important role that marriage and family play in our society. They simply recognize that when a marriage does break down beyond repair, it should be dealt with as realistically, painlessly and fairly as possible. The proposals also recognize the need for explicit guarantees that the best interests of children be protected when their parents divorce. Divorce is a subject that affects very many Canadians — it is estimated that one out of every three marriages now ends in divorce. Therefore, I encourage groups and individuals to write to me and let me know their views on the proposals for changes to the *Divorce Act*. In that way, we can better ensure that the revised laws will meet the needs of Canadians.

Yours sincerely,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Mark MacGuigan', with a long, sweeping horizontal line extending to the right.

Mark MacGuigan



Digitized by the Internet Archive
in 2022 with funding from
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761117646778>

TABLE OF CONTENTS

Page

INTRODUCTION

1. Marriage and Divorce in Canada	2
2. The Need for Reform	3
3. The Objectives of Reform	3

PRESENT DIVORCE LAW

1. The Grounds for Divorce	6
2. The Trial Procedure	7
3. Access to the Courts	8
4. Maintenance Awards	9
5. The Rights of Children	10

TRENDS IN DIVORCE REFORM

1. Divorce Reform in Other Countries	12
2. Family Law Reform	12
3. The Law Reform Commission of Canada, 1976	13
4. Improving the Family Courts	14
5. Sharing Matrimonial Property	14

PROPOSED REFORM

1. The Grounds for Divorce	18
2. The Trial Procedure	20
3. Access to the Courts	21
4. Maintenance Awards	22
5. The Rights of Children	23
6. Enforcing Maintenance and Custody Orders	24

CONCLUSION

1. A New Role for Divorce Law	28
2. Questions About Reform	29
3. Summary of Proposals	31

INTRODUCTION

1. Marriage And Divorce In Canada

The concept of the family and the sanctity of marriage remain deeply rooted in Canadian society. Traditionally, those who marry do so believing they have made a life-long commitment. Unfortunately, and for many reasons, society has to face the difficult question of what to do when a marriage fails, bearing in mind the serious emotional and financial consequences for the spouses and their children.

While wishing to preserve the unity of families, and encouraging reconciliation of estranged partners where possible, society must provide for the legal consequences of family disputes and make reasonable provision for divorce as the termination of a marriage that has failed or broken down irreparably. In Canada, these provisions are presently contained in the *Divorce Act* of 1968. The first uniform divorce law to come into effect in Canada, the Act was introduced with the intention that it be reviewed as circumstances changed, to ensure that it kept pace with current social realities.

The *Divorce Act* has been in effect virtually unchanged now for 15 years; it is due for serious reconsideration, given the significant social and economic changes Canada has experienced during the past years. These changes range from shifts in the traditional roles of family members to an increasing acceptance of divorce and a greater understanding of the complex circumstances involved in the marriage relationship.

More Canadians than ever before are affected by the financial, psychological and emotional costs of divorce. The number of divorces granted has risen from 29,775 in 1970 to 70,436 in 1982. Nearly 40% of Canadian (first) marriages now end in divorce. The divorce rate of 286 per 100,000 population in 1982 showed nearly 100% increase from that recorded a decade ago in 1972. Marriages ending in divorce today have lasted an average of 12 years compared to nearly 16 years in 1969 and Canadians are divorcing at a younger age than before. Less than 1% of all divorce petitions are rejected by the courts, and only one of twenty divorce cases are actually contested at the time of the trial; yet the complications of current divorce law result in considerable court expense and an enormous backlog of cases waiting to be heard. Canadians involved in divorce have spent an estimated \$500 million in legal fees alone over the last ten years.

With the growing significance of divorce as a social phenomenon, it is not surprising that divorce law has become the subject of much interest. Criticism has centred on the grounds to obtain a divorce, its process, its implications in terms of spousal financial support, and the custody and support of children.

2. The Need For Reform

Over the years it has become apparent that the current approach to divorce is no longer the best way to resolve marital conflict. Divorce is based on an adversarial process, where spouses are encouraged to fight with each other. This heightens already painful tensions, encourages bitter court scenes, and effectively reduces the possibility of reconciliation. The hostile nature of such a divorce process, often dehumanizing and negative throughout, extends beyond the courtroom and interferes with any chance that the family might have to establish a semblance of positive post-divorce contact.

Reform has been urged by legal associations, church representatives, mental health professionals, social workers, women's groups and concerned individuals throughout Canada. All agree that the current divorce process is needlessly adversarial and fails to promote reconciliation or mediation between parties involved in divorce; the *Divorce Act* does not guarantee that financial and child custody arrangements after divorce are fair to all involved, including the children; and the formal court procedure required for divorce is excessively complicated, at tremendous expense to both society and the individuals participating in the process.

3. The Objectives Of Reform

One objective of any divorce law reform should still be to preserve the family unit, if at all possible, by providing an effective attempt at reconciliation. But if the marriage is beyond repair, another objective of divorce laws should be to recognize that fact and permit the marriage to come to an end as peacefully and painlessly as possible, encouraging the use of mediation services, if appropriate, in the process of determining the consequences of divorce.

In accordance with these objectives, and recognizing the inadequacy of the present law, the federal government is proposing some fundamental changes to the *Divorce Act*. To encourage discussion of these proposals, this paper presents an outline and critical assessment of the law, looks at recent trends in divorce reform and attempts to show how the proposals are an effective response to the need for reform.

PRESENT DIVORCE LAW

1. The Grounds For Divorce

Under the present *Divorce Act*, there are two basic categories of grounds for divorce: fault and marriage breakdown.

Grounds based on the principle of fault allow a divorce to be granted to one spouse if the other spouse is found to have committed a matrimonial offence. A “matrimonial offence” is any behaviour included in a specific list of wrongful activities, such as adultery, physical or mental cruelty, sodomy, or bestiality.

The permanent breakdown of a marriage is allowed as a ground for divorce, provided that the spouses are living apart from each other, and there are circumstances which can be used as evidence for the breakdown. While not technically a “fault” ground, the circumstances allowed as evidence for marriage breakdown tend to put one spouse more at fault than the other. For example, if one spouse has been severely addicted to narcotics or alcohol for at least three years, the other spouse may use this fact as evidence of the breakdown.

If the spouses are living apart for an extended period of time, the separation itself can be used to demonstrate marriage breakdown. The length of time a couple must live apart before applying for a divorce depends on the behaviour of each spouse; here again the notion of fault can play a role. A spouse who has been deserted may apply for a divorce after three years. If the deserting spouse is seeking a divorce, the required separation is extended to five years.

The only circumstance accepted as evidence of marriage breakdown which does not imply fault is when a couple have separated by mutual consent. In this case, a separation of three years is required before divorce can be granted.

By placing the emphasis on the fault of one spouse in the failure of a marriage, the present grounds for divorce tend to make an already difficult situation more difficult. The divorce process is based on the ability of one spouse to blame the other for destroying the marriage. Beginning with accusations of misconduct, the original marital conflict can easily escalate into an unproductive round of counter-accusations and reprisals. Such a process effectively discourages any inclination either spouse might have to attempt reconciliation or to co-operate in resolving such issues as maintenance or child custody.

The fault grounds are based on the unrealistic assumption that the causes of marriage breakdown can be specified in a limited list of behaviour. Marriages fail for many complex reasons, usually involving both partners. Rarely can one single act of misconduct be said to cause a total breakdown of marriage. A recent study of the causes of divorce indicates that the grounds used in divorce actions have, in fact, little relation to the actual *reasons* for divorcing, but are chosen for the sake of convenience in meeting the requirements of the law.

While most divorce proceedings last from six months to one year, 65% of the cases citing adultery receive a conditional judgement within six months.

A divorce based on fault grounds can often be granted as soon as the courts have time to deal with the case. If a spouse wants to avoid using fault grounds altogether, a separation period of three or five years must be endured to “prove” that the marriage is beyond repair. In effect, there is a penalty for *not* using fault grounds. The penalty is arbitrary and encourages those considering divorce to fabricate fault grounds. Most divorce actions are uncontested and involve some form of agreement between the spouses at the time of the trial. In many cases, assertions of “fault” may be made simply to comply with the law, which does not allow for a more straightforward divorce by consent.

2. The Trial Procedure

The *Divorce Act* states that, in any divorce action, a formal trial is required before a divorce can be granted. The divorce trial is, in principle, the same adversarial process used in such civil actions as a lawsuit over the breach of a business contract. One often speaks of a spouse “suing” for divorce, and it is literally true that every divorce action is a lawsuit.

The adversarial process is designed for situations where one side of a dispute must be right, and the other side must be wrong; the trial is to determine which is which. The participants are set against each other as legal adversaries, while a judge observes the combat and eventually selects one side as the “winner”. The winner is on the right side, and is innocent; the loser is wrong, guilty of inflicting some harm on the other.

While there are situations for which the adversarial process may be well suited, it does not seem that a divorce action should normally be such a

case. People suffering through the failure of their marriage seldom fall neatly into the categories of a right side and a wrong side, an innocent victim and a guilty villain.

Nor does the formal trial seem to be a constructive way of dealing with every divorce case, especially when the spouses agree to the divorce and have arranged its consequences. By insisting that the breakdown of a marriage be subjected to the adversarial process, couples are encouraged *not* to seek a cooperative resolution of their difficulties. In fact, a cooperative attitude under such circumstances can be harmful to the financial and family interests of a spouse, since the outcome of the trial is, in principle, determined by which spouse can most successfully attack the other. Conflict is intensified, and where children are concerned, the bitterness can continue to infect the family's relationship after divorce.

When there are disputed issues, such as child custody or maintenance, which cannot be resolved and are genuinely contested during a divorce, recourse to a formal trial may be necessary. But such cases are few; as mentioned before, 95% of divorce cases are uncontested at the time of the trial. The trial required by law then becomes a mere formality, which clogs up an already strained court system and costs the parties involved substantial legal fees.

3. Access To The Courts

The *Divorce Act*, sets up three requirements which must be satisfied before one may apply for a divorce in a particular province. The applicant must have a permanent home in Canada. Either the applicant or his spouse must also normally live in the province for the 12 months preceding the application and actually be in the province for at least 10 months.

Canadians are becoming increasingly mobile, changing their place of residence more frequently in pursuit of a career, education, or for family reasons. As a result, a large number of people are finding it difficult to satisfy these rigid requirements and are being denied access to divorce courts.

The purpose of the requirements is to prevent someone from applying for a divorce in a particular province simply because to do so favours his or her own interests and inconveniences the other spouse. For example, the rules prevent someone normally living in Ontario from applying for a divorce in Alberta with the sole purpose of making it difficult for his or her spouse to contest the case. Some adjustment of the rules must be

found which will continue to prevent such actions, yet allow people their rightful access to divorce courts.

4. Maintenance Awards

The courts have the power to order one spouse to provide the other with financial support after divorce in lump sum payments or in payments at set intervals. The purpose to be served by these maintenance awards is not mentioned in the *Divorce Act*, and the criteria to be used in determining their cash value are poorly defined. This lack of clarity has resulted in significant variations in the nature and amount of awards that have been granted.

When determining the level of maintenance awards, the courts have often focused on the behaviour of the spouses rather than concentrating solely on the needs and financial abilities of each spouse. If the financially dependent spouse is the one who is guilty of some misconduct, this means that he or she may receive a lower maintenance award. But since guilt of a matrimonial offence does not increase the financial resources available, a financially independent spouse guilty of misconduct does not normally pay higher maintenance. As a result, a “guilty” spouse is liable to financial penalty only if he or she is the dependent spouse.

There is a tendency for the courts to grant maintenance awards on a long-term basis, which suggests that these awards are primarily intended to provide one spouse with “security for life”, regardless of the circumstances involved in each case. While it is true that in many cases a dependent spouse should be entitled to long term support, this is not always the case.

Having withdrawn from the labour force to provide child care and household management, a financially dependent spouse may find it difficult, or even impossible, to earn a reasonable income after divorce. This diminished capacity to earn an income is a direct result of the marriage and should be taken into account when a maintenance award is determined. In many cases, however, a dependent spouse may be able to adjust to the labour force, especially if provisions are made for job training or further education. Such a spouse may eventually become self-sufficient and financially independent, but the present *Divorce Act* does

not recognize that specifically. Given the needs and circumstances of each spouse, self-sufficiency may be both a viable and a desirable goal to be considered when determining maintenance awards.

5. The Rights Of Children

The *Divorce Act* is even more vague about the rights of children affected by divorce than it is about maintenance awards. The interests and rights of the children of divorced parents are not even mentioned in the Act, and children are not entitled to have a voice in decisions affecting them or in the arrangements made for their maintenance and custody. The Act does not provide for possible independent representation of children, even if their own interests conflict with those of their parents. Nor is it clear whether or not a person other than a parent, such as a grandparent, can apply for custody or access to a child.

With 50% of divorce cases involving children, divorce proceedings have affected 500,000 children since 1969. A divorce has a major and direct impact on the interests and the welfare of a child. A child will be subjected to a significant reorganization of his or her life and family relationships, and it is surely unacceptable that no explicit acknowledgment of this fact is provided.

In actual practice, the courts have acted on the presumption that where children are concerned, their best interests and welfare are to be given primary consideration. But without clear guidelines in the *Divorce Act*, children are exposed to considerable risk of mistreatment. It is often said that children are "caught in the middle" of a divorce; custody and access rights can be used as pawns in financial bargaining games between parents, or as tools to vent bitterness on a spouse. There must be explicit guarantees in divorce law to ensure that divorce proceedings and post-divorce arrangements will be fair to children.

TRENDS IN DIVORCE REFORM

1. Divorce Reform In Other Countries

Until recently, divorce law in most Western countries was similar to Canada's present law, based on the principle of fault. Proof that a "guilty" spouse had committed some matrimonial offence entitled the "innocent" spouse to a divorce.

There has been, however, a growing recognition in these countries that marriage breakdown often occurs without the breakdown being the "fault" of either spouse. A gradually increasing shift away from the fault concept began around 1950. England, France, Germany, Sweden and several of the United States have all moved towards divorce based on marriage breakdown alone. Some countries have now eliminated the concept altogether as a ground for divorce. The emphasis is shifting away from a concern about the grounds for divorce to a concern that the economic consequences of divorce be fair to the parties involved.

2. Family Law Reform

Divorce law is part of the broader field of family law, the body of legislation designed to define the rights and obligations of family members and provide a way to resolve family conflicts should the need arise. Legislative authority over family law is a responsibility shared between the federal and provincial governments. The federal government has exclusive jurisdiction to legislate in matters dealing with divorce, including the consequences of divorce, such as the custody of children and financial support. The provinces have jurisdiction over many aspects of the marriage relationship *short* of its termination, such as family support, custody and the welfare of children during legal separation. The provinces also deal with marital property and assets, and have enacted legislation determining the division of property on marriage breakdown.

The provinces have been actively engaged in family law reform. In provincial law concerning separation, child support and financial support between spouses before divorce, the trend has been to minimize the principle of fault, with a greater emphasis on marriage as a partnership between equals. There is also increasing dissatisfaction with the adversary process in family courts. Many provinces are exploring alternative

methods for resolving family disputes, such as counselling and mediation services. The concern is to make the operation of family law less damaging and more supportive emotionally and psychologically for those involved.

3. The Law Reform Commission Of Canada, 1976

In 1976 the Law Reform Commission of Canada completed a major study of family law in Canada. This study resulted in a number of recommendations, the most important of which are summarized below.

1) Divorce Law

- a) The “fault” principle should be eliminated, and “marriage breakdown”, established if either spouse asserts that the marriage has failed, should be adopted as the only basis for divorce.
- b) The principle of “fault” should not be used in determining economic settlements between the spouses or the custody of children.
- c) The purpose of maintenance awards, when granted to meet needs created by the marriage, should be to enable a formerly dependent spouse to overcome economic disadvantages and become economically self-sufficient. Maintenance should not be seen as a guarantee of security for life.
- d) Adversarial proceedings in divorce actions should be limited.
- e) The interests of children should be protected in the divorce process.

2) Matrimonial Property

Each spouse should have a right to an equal share in property acquired during the marriage.

3) Unified Family Courts

- a) Unified courts should be established to deal with all family law matters, including divorce.
 - b) Adversarial proceedings in these courts should be limited.
 - c) Counselling and mediation services should be provided by these courts as an alternative to the formal trial, as a method of resolving family conflict.
-
-

These recommendations were received favourably by the press, and those concerning divorce reform were supported in principle by the federal and provincial ministers responsible for justice in 1976. Since then, there has been growing support for a system of divorce which would eliminate the concept of fault altogether.

4. Improving The Family Courts

The Commission's suggestion that family courts could offer counselling and mediation services as an effective alternative to the adversarial process attracted considerable interest, and attempts have been made to test the use of such services in practice. Since 1976, the federal and provincial governments have cooperated in setting up a number of unified family court pilot projects, which have been well received. The courts set up in Hamilton, Ontario, Saskatoon, Saskatchewan and St. John's, Newfoundland continue to operate, and both New Brunswick and Prince Edward Island have established province-wide unified family courts. Manitoba is considering establishing such a court this year.

The pilot projects have shown that counselling and mediation services can provide valuable assistance in resolving family disputes. Experience with these projects suggests that existing community support services in many regions can be used to encourage non-adversarial procedures in family law matters, including divorce.

5. Sharing Matrimonial Property

At the time of the Law Reform Commission's report not all provinces had legislation implementing the concept of marriage as a partnership entitling a dependent spouse to receive a share of the family assets and property acquired by the other; these were normally owned by the spouse who provided financial resources. Under these circumstances, adopting a no-fault divorce process such as the Commission proposed could have had disastrous results for a dependent spouse who would not have been entitled to share those assets.

With the present fault-centred system of divorce, the dependent spouse can bargain for financial or property assets in return for agreeing to a

speedy divorce with the spouse who wants out of the marriage and is willing to accept the “blame” for the marriage breakdown. A no-fault divorce process would remove this bargaining power and might allow a dependent spouse to be forced unwillingly into a divorce after a very short waiting period. If the Law Reform Commission’s proposal for no-fault divorce had come into effect without legislation to divide matrimonial property between both spouses, a dependent spouse could have been left with little or no resources, except for a possible maintenance award.

In recent years, however, all provinces have passed legislation providing for the division of matrimonial property. Most of the relevant statutes explicitly recognize that child care, household management and financial provisions are responsibilities shared by both partners, and that, generally speaking, each spouse is entitled to an equal share of the matrimonial property. There are differences among the provinces concerning what constitutes matrimonial property, and the factors which may justify an unequal division of property; for example, some provinces restrict matrimonial property to just those assets in use by the family, such as the house and car, while other provinces include such things as commercial investments or pension benefits. Despite these differences, all provinces support the principle of equal sharing.

PROPOSED REFORM

1. The Grounds For Divorce

The alternatives open for dealing with the grounds for divorce range from keeping the fault grounds and reducing the separation period required for marriage breakdown, but leaving things substantially as they are; to an extreme form of “divorce on demand”, where either spouse can get an immediate divorce simply by asking for one. In assessing the alternatives, one needs to keep in mind both the specific criticisms of the present grounds and the general objectives to be achieved by divorce reform.

If the present fault grounds for divorce were retained, but the separation period required to use marriage breakdown as a basis for divorce was reduced, some of the difficulties with the present system might be resolved. Shortening the separation period would reduce the “penalty” paid by those who wish to avoid using fault grounds. As a result, people might be less inclined to “fabricate” fault grounds or use them simply for the convenience of a “fast” divorce.

Unfortunately, this suggestion involves little more than “tinkering” with the present system. It keeps the fault grounds but does nothing to deal with the fundamental criticism that has been directed at the fault approach to divorce. It still encourages the view of divorce as an adversarial conflict between an “innocent” and a “guilty” spouse, based on the naive premise that a single act of misconduct can cause the total failure of a marriage. The hostilities that can arise from this approach would still discourage attempts at reconciliation and interfere with the possibility of arriving at mutually agreed arrangements for the consequences of divorce. If we accept that the primary role of divorce is relief for marriage breakdown and not a reward or punishment for good or bad conduct, then any approach to divorce involving the principle of fault will perpetuate difficulties.

If fault grounds were rejected altogether, and “marriage breakdown” as we know it were adopted, the evidence required to prove marriage breakdown would be a three year separation period.

The requirement of a three year waiting period before a divorce is granted seems unnecessarily harsh on spouses who are certain that their marriage is beyond repair. No useful purpose is served by requiring people to prolong a relationship that no longer works.

If, on the other hand, the requirement of a separation period were eliminated entirely, a system of divorce known as "divorce on demand" could be adopted. In such a system, the breakdown of a marriage could be conclusively established if either spouse asserted that the marriage has failed, and a divorce could be granted immediately. A version of this system was adopted in Sweden in 1974.

The principle behind this approach is that marriage is based on the free commitment of either spouse, and should be dissolved if either spouse withdraws his or her commitment. Many people might find this principle attractive, and as an approach to divorce it does have some advantages. At the very least, the divorce process could be straightforward, inexpensive and non-adversarial, concentrating exclusively on the consequences of divorce.

Adopting mere assertion of breakdown as the only requirement for divorce also has major disadvantages, and could be seen as jeopardizing the institution of marriage as such. Many marriages go through times at which they are particularly fragile, and a system of divorce on simple demand does not encourage people to give careful consideration to a decision which might be made in a time of unusual stress. With no positive encouragement to consider reconciliation, the system may endorse hasty or impetuous divorces which both spouses might later regret. Thus, while divorce on demand could achieve some of the objectives of reform, the costs to both society and the individuals involved would be too high.

Some form of waiting period should be required, then, before a divorce is granted. A survey conducted recently indicates that approximately 85% of the Canadian adult population feel that a waiting period of one year or less would be appropriate to establish marriage breakdown. It seems that one year strikes a reasonable balance between the need to ensure that a decision for divorce is carefully considered, and the risk of imposing unnecessary hardship on spouses who feel that their marriage is beyond repair. If a one year waiting period is accepted, the only question that remains is whether or not further conditions should be required to establish marriage breakdown.

When both spouses assert that their marriage has failed and they agree to a divorce, there should be no requirement other than the one year waiting period. If during that year there is no reconciliation, no further evidence should be necessary to "prove" that their marriage has broken down.

When only one spouse wants the divorce, a separation period in which the spouses live apart from each other for a year should be considered sufficient evidence of marriage breakdown. If the spouses have already been living apart for one year or more when either spouse files for a divorce, it should be granted with no further waiting period. If, however, the spouses have been living together and one spouse files for divorce without the other's agreeing to it, a separation period of one year would be required following the divorce petition.

These conditions could establish the basis for a no-fault approach to divorce. Marriage breakdown would be the only basis for divorce, and it could be invoked when: a) both spouses want a divorce, and have waited one year after filing the petition; or b) either spouse wants a divorce, and they have lived separately for one year before, or after, the petition is filed. While discouraging impetuous divorces, these conditions eliminate the concept of fault entirely and reduce the need for adversarial conflict in the divorce process.

2. The Trial Procedure

Subjecting the breakdown of a marriage to an adversarial trial seems inherently inconsistent with the constructive resolution of family disputes, and the practice should be limited to those cases where it is absolutely necessary. The requirement of a formal trial is certainly questionable where no issues are contested.

Thus the requirement of a formal trial in all cases should be abandoned, and procedures should be developed for handling divorce cases where no trial is necessary. For example, a system could be established where an officer of the court examines written evidence submitted by the parties involved concerning their grounds for divorce, and its consequences in terms of financial and child custody arrangements. If the evidence shows that all legal requirements are fulfilled and there are no contested issues, further court proceedings would not be required, and a judge could grant the divorce.

By dropping the requirement of a trial in uncontested cases, the provinces would be allowed to develop appropriate methods for dealing with such cases. Since divorce procedure is generally governed by the provinces, specific details would not be developed in the *Divorce Act*.

Depending on the procedures used by the provinces when a trial is not necessary, a considerable simplification of the divorce process could be accomplished. This would yield substantial cost reductions for the legal system, both in terms of court time and expense and (possibly) in the use of Legal Aid funds. If the provinces wished to do so, the resources saved could be redirected to the use of counselling and mediation services, either attached to the court or within the community.

Counselling and mediation services offer valuable alternatives to the trial process as a means of resolving disputes. With the need for a trial in all cases eliminated, the use of such alternatives could be encouraged.

If mediation services were offered as an alternative to the adversarial trial, there would be less pressure on a spouse to translate marital problems into legal issues to “prove” marriage breakdown or “justify” dissatisfaction. As a result, spouses would be more likely to recognize marriage breakdown as a shared problem between equal partners, requiring reasonable and constructive cooperation for its resolution. Thus, the proposed reform provides a context in which counselling services might operate more effectively.

3. Access To The Courts

In order to remove the restrictions which deny many Canadians access to divorce courts, the requirements concerning access should be simplified. The three requirements currently in effect should be replaced by one “ordinary residence” requirement. This would state that one may apply for a divorce to a court in a particular province if either spouse has normally lived in that province for at least one year prior to the application.

Under this requirement, the person who normally lives in a particular province and has done so for at least a year, but leaves the province for several months, would still be entitled to apply for a divorce in that province. But such a person would not be allowed to apply in a province where neither he nor his spouse has normally lived for at least one year.

This simplification should be sufficient to prevent unjustified “shopping around” for a convenient divorce court without imposing harsh restrictions on those who have found it necessary to change residences frequently.

4. Maintenance Awards

Many marriages follow a traditional model, with one spouse providing financial support and the other spouse withdrawing from the labour market to provide child care and manage household affairs. Thus, one spouse becomes financially dependent and to some extent loses the capacity to earn an income.

The concept of equality in marriage requires that all the economic advantages (i.e., property) and disadvantages (i.e., lack of income capacity) created by the marriage be shared by both spouses on divorce. At the same time it should be recognized that circumstances change after divorce, and spouses should attempt, if possible and within a reasonable period of time, to become economically independent. As the Law Reform Commission stated in 1976, after divorce “everyone is ultimately responsible to meet his or her own needs...eventually to become self-sufficient, as all other unmarried persons must be.”

This does not mean, of course, that economic self-sufficiency is always a reasonable goal for a formerly dependent spouse. For example, a woman who has been out of the work force for thirty years obviously may not be capable of achieving economic self-sufficiency when a younger, possibly childless, woman could do so. Such circumstances should be provided for, and a formerly dependent spouse should be protected from grave economic hardship which might result from the dissolution of the marriage.

The objectives of maintenance should be clearly spelled out in the *Divorce Act* to ensure that, as far as possible, the economic consequences of divorce are settled fairly and consistently in divorce cases. These objectives should establish general guidelines to be used in determining the nature and value of maintenance awards, ruling out such considerations as the behaviour of the spouses. The proposed objectives of maintenance include:

- 1) Recognizing that certain advantages (eg. property, an established career for the supporting spouse) and disadvantages (eg. lack of job-training, poor income opportunity for the dependent spouse) are the result of arrangements made during the marriage and should be shared equally by both spouses after divorce.
- 2) Ensuring that the economic burden of child care is shared by both spouses.

-
-
- 3) Enabling a dependent spouse to adjust to the labour market after divorce and to become self-sufficient, if possible, within a reasonable period of time.
 - 4) Assuring that a dependent spouse will not be subjected to grave economic hardship, if self-sufficiency is not possible.

These objectives are not arranged in terms of priorities, but should operate together to provide a fair system of maintenance awards. Thus, provisions concerning self-sufficiency would not be used to impose on the dependent spouse an unfair share of the disadvantages arising from the marriage.

5. The Rights Of Children

Given the impact a divorce has on the interests and welfare of a child, divorce law should ensure that the rights of children are protected. A statement should appear in the Act guaranteeing that, in matters involving children, the paramount consideration is their best interests. The following guidelines should also be inserted in the Act to promote consistency and clarify the courts' duty in making orders relating to children:

- 1) Where feasible, a child should have maximum access to both parents. Whatever the parents' reasons for divorce, the child has an interest in maintaining a normal relationship with each parent. As far as the court can prevent it, any animosity the parents may feel for each other should not be allowed to interfere with this interest.
 - 2) Both parents share the responsibility to support their children; but when determining how much each parent should contribute, the financial resources and needs of both parents, and of the children, should be considered.
 - 3) The court may grant custody, or access, to either parent, to both parents, or to any other person. In making such decisions, the court should consider the best interests of the child, particularly the child's interest in having maximum access to both parents.
 - 4) With the court's permission, anyone who has a sincere interest in the child, such as a grandparent, may apply for access to or custody of the child.
 - 5) If the court decides representation is advisable or necessary, a child should be granted independent representation before the court, separate from that of either parent.
-
-

6. Enforcing Maintenance And Custody Orders

An issue of particular concern is the enforcement of maintenance and custody orders; such orders must be enforced if they are to be effective. There are no precise statistics available on the default of maintenance orders or the violation of custody orders. It is known, however, that enforcement procedures are far less effective than they should be, and the improvement of these procedures is an issue which must be dealt with by both the federal and provincial governments.

A maintenance debtor (a spouse or parent ordered to provide maintenance) may simply refuse to obey the order, and in many cases it is left to the dependent spouse to initiate any enforcement action. The debtor may be difficult to locate. If either spouse has moved to another province, then enforcement problems are even more serious because of the differences in provincial procedures. The same types of difficulties can arise if a parent who has been denied custody of a child violates the custody order and takes that child. With both maintenance and custody orders, inadequate enforcement can result in severe hardship for parents and children.

Both the federal and provincial governments have taken action to improve enforcement procedures. Various provincial governments have adopted legislation which makes the enforcement of court orders originating in another province less complicated, and Canada has now ratified an international convention on child abduction. In 1982, the federal government amended the *Criminal Code* to make the violation of a custody order by the non-custodial parent a criminal offence. In the same year, Parliament adopted federal government legislation permitting the garnishment (the deduction of debts from a person's salary) of the salaries of federal civil servants and the diversion of their pension benefits to satisfy maintenance orders.

The enforcement of maintenance and custody orders raises complex issues involving the responsibility shared by federal and provincial governments for family law. In 1981, a Federal-Provincial Committee was set up to investigate ways of improving enforcement in Canada, across provincial boundaries and within each province. The Committee submitted its final report to Ministers of Justice and Attorneys General in July 1983, along with a directory of enforcement procedures and personnel across the country. Some of the Committee's recommendations are incorporated in the divorce reform proposals. For example, the proposals

promote the courts ability to order security to be posted when maintenance awards are granted. Further provisions promote the powers of one court to vary maintenance and custody orders issued by another court.

Other recommendations made by the Federal-Provincial Committee are being considered by both federal and provincial governments, including the possibility of creating a central registry in which all maintenance and custody orders would be filed and the possibility of allowing access to information contained in government files relevant to location of a debtor.

CONCLUSION

1. A New Role For Divorce Law

The reforms under consideration are the result of a new understanding of the purpose of divorce law. The dramatic increase in the divorce rate, and radically shifting patterns of family life, have forced us to re-examine the entire policy behind divorce legislation. Some attempt must be made to bring divorce law into line with the circumstances under which it must operate.

The increase in divorce rates does not mean that Canadians are “devaluing” marriage and the family. In fact, 75% of divorced Canadians re-enter family relationships after divorce, indicating a continued support for the values inherent in family life. The higher number of divorces does indicate, however, that people are less likely to settle for a marriage that has broken down. It seems that people are more inclined than they have been in the past to strive for a better quality of life by dissolving unsatisfactory marriages.

It is inappropriate that divorce law place unreasonable obstacles in the path of those seeking relief from marriage breakdown. The state has no interest in the preservation of a failed marriage, or in making the release from a failed marriage more painful than is necessary.

Divorce should not be used as a forum for accusations or reprisals, in which the courts are asked to assign “blame” and grant divorce as a reward or punishment for good or bad behaviour; it should be for the relief of marriage breakdown. While supporting attempts at reconciliation, it should assist couples to dissolve a “dead” marriage as painlessly as possible and encourage them to discuss the consequences of the dissolution rationally. No purpose is served by encouraging them to “fight”.

By refusing to stipulate a restrictive list of “grounds” for divorce, the law would place responsibility for assessing the viability of a continued relationship where it should be — with the individuals involved. Respecting *their* decision, the law should be concerned only that the decision is not impetuous and concentrate on the need that the arrangements made after divorce are just and fair for both partners and their children. Thus the proposed reforms would respect the dignity and integrity of individuals both in marriage and divorce, enhancing the ideal of a free commitment to shared family values which remains deeply rooted in Canadian society.

2. Questions About Reform

Q. Are these proposals a step towards allowing “easy” or “fast” divorces?

A. The proposals would result in an “easier” divorce process, in the sense that it would be less painful and expensive, more efficient and fair. Marriage breakdown itself is a difficult experience for those involved; there is nothing to be gained by making the process more traumatic through severe divorce laws. The proposals actually represent a slight step away from the “fast” divorce. Under current law, a divorce based on fault grounds can be granted as soon as the court has time to deal with it. Under the proposals, there would have to be either a year’s separation before the divorce petition, or a year’s waiting period after the petition, before a divorce can be granted.

Q. Won’t divorce reform threaten the institution of marriage in our society?

A. No. Divorce, far from being a rejection of the values of marriage, is usually followed by re-marriage, and most divorced people re-enter nuclear family arrangements.

In fact, the proposals discussed here would enhance the values of marriage and the family. The way society deals with marriage breakdown through its divorce laws should reflect its views on marriage. If divorce laws present marriage as a trap from which one can escape only at great cost, the ideals of marriage and the family become less attractive.

Q. Will the proposals result in a higher divorce rate?

A. Not likely — research in other countries has revealed no causal connection between liberalizing divorce laws and changes in divorce rates. Divorce rates are more likely to rise because of other factors; for example, there tend to be more divorces during harsh economic times or periods of social crisis.

-
-
- Q. The proposals eliminate fault as a basis for divorce. Does this mean that adultery, or physical cruelty, should not be considered good reasons for divorce?
- A. No. But under the proposed reform, what counts as a “good reason” for divorce is left up to the individuals concerned. It is not the specific act — be it adultery, physical cruelty or whatever — that is important, but rather the fact that the act results in marriage breakdown in the eyes of the spouse (s). If someone feels that the behaviour of his or her spouse is unacceptable, or constitutes a serious “matrimonial offence”, a divorce would not be refused under the reformed divorce law.
- Q. Will dropping the requirement that every divorce case be tried before a judge mean that “illegitimate” cases, which would be dismissed by a judge, might pass through the system undetected?
- A. Since 1968, only 0.8% of divorce actions have been dismissed. Whatever procedures are developed in place of formal trials should be just as efficient in ensuring that all legal requirements for divorce are satisfied.
- Q. A thirty year old mother married ten years might get a job in the labour force after divorce. This job would probably provide low wages, but enable her to be “self-sufficient”. If, however, she had not arranged with her husband to provide child care and household management for the family she could have been well established in a career, earning a far more substantial wage. Would this fact be taken into account when maintenance awards are determined?
- A. Yes, it would. While the goal of maintenance awards is to enable a once dependent spouse to become economically self-sufficient, the guidelines also state that economic disadvantages arising from marriage should be shared equally between spouses. The wife’s diminished income earning potential is such a disadvantage arising from marriage.
- Q. A sixty year old housewife, out of the workforce for thirty years, has been recently divorced. Would she receive sufficient maintenance awards if unable or unwilling to re-enter the work force?

-
-
- A. Yes, certainly she would. The guidelines take into account protection against grave economic hardship and she would be guaranteed such protection by the court. Any person out of the workforce for a long period of time would not be expected to re-train and re-enter the workforce if this was not a desirable course of action. As well, people in this kind of situation would also qualify under provincial matrimonial property legislation and assets arising out of the marriage would be divided fairly between the spouses.

3. Summary Of Proposals

- 1) The “fault” grounds for divorce should be eliminated, and marriage breakdown adopted as the sole basis for divorce. Marriage breakdown could be invoked when:
 - a) both spouses assert that their marriage has broken down and they agree to a divorce. In this case, a divorce would be granted one year after the petition is made, or;
 - b) either spouse applies for a divorce, and the spouses have been living apart for one year before, or after, the application is filed.
- 2) Guidelines for determining maintenance awards should be stated in the *Divorce Act*. These would state that the objectives of maintenance awards are to:
 - a) recognize that the advantages and disadvantages arising from marriage are to be shared equally by both spouses;
 - b) ensure that the economic burden of child care is a responsibility shared by both parents;
 - c) enable a dependent spouse to adjust to the labour force and become independent, if this is possible, within a reasonable period of time;
 - d) ensure that where independence is not possible, a dependent spouse will not be subjected to grave economic hardship.
- 3) The *Divorce Act* should state that in issues where children are concerned, arrangements should be made in their best interests. Guidelines concerning the interests of children would include:

-
-
- a) A child should have maximum access to both parents after divorce;
 - b) Both parents are responsible for the maintenance of their children;
 - c) The court may grant custody or access to either parent, both parents, or any other person if it is in the interests of the child to do so;
 - d) With the court's permission, any person with a sincere interest in a child, such as a grandparent, may apply for access to or custody of that child;
 - e) A child should, if necessary, be given independent representation in court.
- 4) The requirement of a formal trial for every divorce should be dropped, allowing "out of court" procedures if the divorce is not contested.
- 5) The rules restricting access to divorce courts should be simplified, and should be based on the concept of "ordinary residence". An applicant could apply for a divorce in a province if either spouse had normally lived in that province for one year prior to the application.

- 3) La *Loi sur le divorce* devrait déclarer que l'intérêt des enfants devrait primer dans les questions les concernant. Les directives les concernant seraient les suivantes:
 - a) L'enfant devrait avoir accès aussi librement que possible à ses deux parents après le divorce.
 - b) Les deux parents sont responsables de l'entretien de leurs enfants.
 - c) Le tribunal peut accorder la garde ou le droit de visite à l'un ou l'autre parent, aux deux parents ou à toute autre personne, s'il est dans l'intérêt de l'enfant de le faire.
 - d) Avec l'autorisation du tribunal, toute personne qui s'intéresse sincèrement à l'enfant, par exemple un grand-parent, peut demander un droit de visite ou la garde de l'enfant.
 - e) Au besoin, on devrait permettre à l'enfant d'être représenté devant le tribunal par un avocat indépendant.
- 4) Il ne serait plus nécessaire qu'il y ait un procès en bonne et due forme pour chaque divorce; des procédures à l'amiable seraient possibles si le divorce n'était pas contesté.
- 5) Les règles régissant l'accès aux tribunaux de divorce devraient être simplifiées et se fonder sur le concept de la "résidence ordinaire". Toute personne pourrait présenter une requête en divorce dans une province où l'un ou l'autre conjoint aurait normalement vécu pendant un an avant la présentation de la requête.

Q. Prenons un exemple: une ménagère de soixante ans divorce, alors qu'elle n'est plus sur le marché du travail depuis trente ans. Recevrait-elle une pension alimentaire suffisante si elle ne peut pas ou ne veut pas retourner sur le marché du travail ?

R. Oui, bien sûr. Le tribunal, conformément aux directives sur le sujet, lui assurera une protection contre de graves problèmes financiers. On ne s'attend pas à ce qu'une personne ayant quitté le marché du travail depuis longtemps puisse acquérir une formation et retourner au travail si cela n'est pas approprié. Cette personne pourra en outre se prévaloir de la loi provinciale sur les biens conjugués, pour que les biens provenant du mariage soient partagés équitablement entre les époux.

3. Résumé des propositions

1) Les causes de divorce reposant sur la "faute" seraient éliminées, et la rupture du mariage deviendrait le seul fondement du divorce. La rupture du mariage pourrait être invoquée lorsque:

- a) les deux conjoints affirment que leur mariage a abouti à l'échec et conviennent de divorcer. Dans ce cas, le divorce serait accordé un an après la présentation de la requête;
- b) l'un ou l'autre conjoint présente une requête en divorce et les époux ont vécu séparés pendant un an avant ou après la présentation de la requête.

2) La *Loi sur le divorce* devrait contenir des directives pour le calcul du soutien financier. Ces directives déclareraient que les objectifs du soutien financier sont les suivants:

- a) Reconnaître que les avantages et les désavantages découlant du mariage doivent être partagés également par les deux époux.
- b) Veiller à ce que le fardeau économique du soin des enfants soit partagé par les deux parents.
- c) Permettre au conjoint à charge de s'adapter au marché du travail et de subvenir, dans la mesure du possible, à ses propres besoins dans un délai raisonnable.
- d) Veiller à ce que, lorsque l'autonomie n'est pas possible, le conjoint à charge ne soit pas exposé à de graves difficultés financières.

Q. Les propositions éliminent la faute comme cause de divorce. Est-ce que cela signifie que l'adultère ou la cruauté physique ne seraient plus considérés comme de bonnes raisons de divorcer ?

R. Non. Mais en vertu de la réforme proposée, c'est aux personnes en cause qu'il revient de décider de ce qui constitue une "bonne raison" de divorcer. Ce n'est pas l'acte précis — qu'il s'agisse d'adultère, de cruauté physique ou de n'importe quel autre acte — qui importe, mais c'est plutôt le fait que cet acte entraîne l'échec du mariage aux yeux de l'un ou l'autre des conjoints. Si quelqu'un considérait le comportement de son conjoint comme étant inacceptable ou constituant une "infraction matrimoniale", le divorce ne lui serait pas refusé en vertu de la nouvelle loi.

Q. Si l'on cesse d'exiger que chaque cas de divorce fasse l'objet d'un procès devant un juge, est-ce que cela signifie que les cas "illégitimes", qui seraient refusés par un juge, pourraient ne pas être décelés ?

R. Depuis 1968, seulement 0,8 % des actions en divorce ont été rejetées. Les procédures qui remplaceraient le procès devraient être tout aussi efficaces pour assurer que l'on se conforme à toutes les exigences de la loi.

Q. Après son divorce, une mère de trente ans, mariée depuis dix ans, pourrait se trouver du travail. Ce travail comporterait probablement un salaire assez bas, mais lui permettrait de "subvenir à ses propres besoins". Cependant, si elle n'avait pas convenu avec son mari de s'occuper du soin des enfants et de la direction du ménage pour la famille, elle aurait pu progresser davantage dans sa carrière et gagner un salaire beaucoup plus substantiel. Est-ce que l'on tiendrait compte de ce fait dans le calcul de la pension alimentaire ?

R. Oui, on en tiendrait compte. La pension alimentaire vise à permettre au conjoint qui a été à charge de subvenir à ses propres besoins, mais les directives déclarent également que les désavantages économiques découlant du mariage devraient être partagés également entre les époux. La diminution de la capacité à gagner de la femme constitue un désavantage découlant du mariage.

2. Questions sur la réforme

Q. Est-ce que ces propositions visent à assurer des divorces "faciles" ou "rapides" ?

R. Les propositions aboutiraient à une procédure de divorce "plus facile", en ce sens qu'elle serait moins pénible et moins coûteuse, plus efficace et plus juste. L'échec du mariage est en soi une expérience difficile pour les personnes concernées. Il n'y a rien à gagner à rendre ce processus plus traumatisant, au moyen de lois trop rigoureuses sur le divorce.

Les propositions s'éloignent en fait quelque peu du divorce "rapide". En vertu de la loi actuelle, le divorce fondé sur la faute peut être accordé aussitôt que le tribunal a le temps de s'en occuper. D'après les nouvelles propositions, il faudrait soit une séparation d'un an avant la requête en divorce, soit une période d'attente d'un an après la requête, pour que le divorce puisse être accordé.

Q. La réforme du divorce ne menacerait-elle pas l'institution du mariage dans notre société ?

R. Non. Loin d'être le rejet des valeurs du mariage, le divorce est d'ordinaire suivi par un remariage et la plupart des divorcés s'insèrent à nouveau dans une famille nucléaire. En fait, les propositions mentionnées ici privilégieraient le mariage et la famille. La façon dont la société traite l'échec du mariage par le moyen de ses lois sur le divorce devrait refléter ses vues sur le mariage. Si les lois du divorce présentent le mariage comme un piège dont on ne s'échappe qu'à grands frais, les idéaux du mariage et de la famille deviennent moins attrayants.

Q. Est-ce que les propositions aboutiraient à une augmentation du taux de divorce ?

R. Cela ne semble pas à craindre. Les recherches effectuées dans d'autres pays ont montré qu'il n'y a aucun lien de cause à effet entre la libéralisation des lois sur le divorce et l'évolution du taux de divorce. Les taux de divorce risquent d'augmenter à cause d'autres facteurs. Par exemple, le nombre des divorces tend à augmenter en période de difficultés économiques ou de crise sociale.

1. Un nouveau rôle pour le droit du divorce

Les réformes à l'étude découlent d'une nouvelle façon de comprendre le but du droit du divorce. L'augmentation dramatique du taux de divorce et l'évolution radicale de la vie familiale nous ont obligés à réexaminer toute la politique qui sous-tend la législation en matière de divorce. Il faut tenter de rendre le droit du divorce conforme aux circonstances dans lesquelles il doit s'appliquer.

L'augmentation du taux de divorce ne signifie pas que les Canadiens attachent moins d'importance au mariage et à la famille. En fait, 75 % des Canadiens divorcés établissent d'autres liens familiaux après le divorce, ce qui tend à démontrer que l'on continue de privilégier les valeurs de la vie familiale. L'augmentation du nombre des divorces indique cependant que l'on est moins porté à se contenter d'un mariage qui ne fonctionne plus. Il semble que les Canadiens soient plus enclins qu'auparavant à tenter de s'assurer une meilleure qualité de vie en mettant un terme aux mariages qui ne sont pas satisfaisants.

Il ne convient pas que le droit du divorce place des obstacles déraisonnables sur la voie de ceux qui cherchent un remède à l'échec du mariage. L'Etat n'a aucun avantage à préserver un mariage qui ne fonctionne plus ni à rendre indûment pénible le fait de se soustraire à un mariage qui s'est soldé par un échec.

Le divorce devrait être uniquement un remède à l'échec du mariage. Il ne devrait pas donner lieu à des accusations ni à des représailles, et l'on ne devrait pas demander aux tribunaux de répartir le "blâme" ni d'accorder le divorce comme récompense d'une bonne conduite ou comme punition d'une mauvaise conduite. Tout en favorisant les tentatives de réconciliation, le tribunal devrait aider les couples à dissoudre le mariage "mort" de la façon la moins pénible possible et les encourager à discuter rationnellement des conséquences de la dissolution. Rien ne sert de les encourager à "se battre".

En refusant de stipuler une liste limitative de "causes" de divorce, la loi chargerait de l'évaluation de la viabilité de la relation ceux qui devraient voir uniquement à ce que la décision ne soit pas impulsive et à ce que les dispositions prises après le divorce soient justes et équitables pour les deux partenaires et pour leurs enfants. Ainsi, les réformes proposées respecteraient la dignité et l'intégrité des individus tant dans le mariage que dans le divorce, au nom de l'idéal d'un engagement libre envers des valeurs familiales partagées, engagement qui conserve des racines profondes dans la société canadienne.

CONCLUSION

On a créé en 1981 un comité fédéral provincial chargé d'étudier les façons d'améliorer, entre les provinces aussi bien qu'à l'intérieur d'une même province, l'exécution de ces ordonnances. Ce comité a présenté son rapport final, de même qu'un répertoire des méthodes et autorités d'exécution de tout le pays, aux ministres de la Justice et procureurs généraux en juillet 1983. Certaines des recommandations du comité ont été reprises dans les présentes propositions de réforme du divorce. Ainsi, il a été suggéré de permettre aux tribunaux d'obliger ceux qu'ils condamnent au versement de la pension alimentaire à constituer un cautionnement. Il est également proposé d'autoriser un tribunal à modifier une ordonnance relative au versement d'une pension alimentaire ou à la garde d'un enfant rendue par une autre juridiction.

Le fédéral et les provinces étudient d'autres recommandations formulées par le comité fédéral-provincial, dont celles d'instituer un registre central où serait déposées toutes les décisions prévoyant le versement d'une pension alimentaire et statuant sur la garde d'un enfant, et de permettre d'obtenir communication des renseignements que contiennent les dossiers de l'Administration lorsque ceux-ci peuvent aider à retrouver un débiteur.

6. L'exécution des ordonnances de garde et de pension alimentaire

La question de l'exécution des ordonnances de garde et de pension alimentaire pose un problème particulier. Ces ordonnances n'ont d'utilité que si elles sont exécutées. Il n'existe aucun chiffre précis sur le non-paiement des pensions alimentaires ou sur la violation des ordonnances relatives à la garde des enfants. L'on sait cependant que les procédures d'exécution sont loin d'être aussi efficaces qu'elles le devraient.

Le créancier alimentaire, c'est-à-dire le conjoint ou le parent tenu de verser une pension, peut tout simplement refuser de se conformer à l'ordonnance rendue contre lui. Bien souvent, c'est au débiteur de la pension qu'il reviendra alors d'engager des procédures en exécution forcée. Or le créancier pourra être difficile à retracer. Si l'un ou l'autre conjoint a déménagé dans une autre province, la situation se complique encore puisque les règles diffèrent d'une province à l'autre. Des difficultés du même ordre pourront se présenter si celui des parents qui s'est vu refuser la garde de l'enfant par le tribunal décide de passer outre à la décision de celui-ci ou de partir avec l'enfant. Qu'il s'agisse des ordonnances relatives au versement d'une pension alimentaire ou de celles portant sur la garde d'un enfant, une exécution inadéquate pourra entraîner aussi bien pour les parents que pour les enfants de graves conséquences.

Tant le gouvernement fédéral que les gouvernements provinciaux ont tenté par diverses mesures d'améliorer les méthodes d'exécution. Certaines provinces ont adopté des lois pour simplifier l'exécution d'une ordonnance judiciaire prononcée dans une autre province et le fédéral a ratifié une convention internationale sur l'enlèvement d'enfants. En 1982, le fédéral a modifié le *Code criminel* pour ériger en infraction la violation par l'un des parents de l'ordonnance attribuant à l'autre la garde de l'enfant. La même année, le Parlement a adopté une loi permettant d'opérer une saisie-arret sur le traitement d'un fonctionnaire fédéral (c'est-à-dire d'effectuer des prélèvements sur son traitement pour assurer le paiement de ses dettes) ou des retenues sur sa pension afin d'exécuter une ordonnance alimentaire.

L'exécution des ordonnances de pension alimentaire ou de garde d'un enfant soulève des questions complexes mettant en cause la compétence commune du fédéral et des provinces en matière de droit de la famille.

5. Les droits des enfants

- Ces objectifs ne sont pas présentes en ordre de priorité, mais devraient tous, ensemble, assurer un régime de soutien financier juste. Ainsi, les dispositions concernant l'autonomie financière ne pourraient être utiles pour imposer au conjoint à charge une part injuste des désavantages découlant du mariage.
- 3) Permettre si possible au conjoint à charge de s'adapter au marché du travail après le divorce et de subvenir à ses propres besoins dans un délai raisonnable;
 - 4) Éviter que le conjoint à charge ne connaisse des difficultés économiques graves s'il ne lui est pas possible de subvenir à ses propres besoins.

Considérant les répercussions du divorce sur les intérêts et le bien-être de l'enfant, le droit du divorce devrait assurer la protection des droits des enfants. La Loi devrait garantir que, dans les questions concernant les enfants, le bien de ceux-ci soit le facteur primordial. Les directives suivantes devraient également figurer à la Loi, pour favoriser l'unité et préciser le devoir des tribunaux lorsqu'ils rendent des ordonnances relatives aux enfants:

- 1) Dans la mesure du possible, l'enfant devrait avoir la possibilité de voir l'un et l'autre parent aussi librement que possible. Quels que soient les motifs du divorce des parents, l'enfant a le droit de maintenir une relation normale avec chacun d'eux. Dans la mesure où le tribunal peut l'empêcher, l'animosité que les parents peuvent ressentir l'un envers l'autre ne devrait pas faire échec à ce droit.
- 2) Il revient aux deux parents d'assurer l'entretien des enfants; lorsqu'il s'agit d'établir la part de chaque parent, les ressources financières et les besoins des deux parents, et des enfants, devraient entrer en ligne de compte.
- 3) Le tribunal peut accorder la garde ou le droit de visite à l'un ou l'autre parent, aux deux parents ou à toute autre personne. En prenant cette décision, le tribunal devrait tenir compte du bien de l'enfant, particulièrement de son droit à un accès aussi libre que possible aux deux parents.
- 4) Avec la permission du tribunal, toute personne qui s'intéresse sincèrement à l'enfant, par exemple un grand-parent, peut demander la garde de l'enfant ou un droit de visite.
- 5) L'enfant devrait pouvoir être représenté par une personne autre que l'avocat de l'un ou l'autre de ses parents, si le tribunal décide que la chose est souhaitable ou nécessaire.

4. Le soutien financier

Bon nombre de mariages suivent le modèle traditionnel, où l'un des époux assure le soutien financier, alors que l'autre se retire du marché du travail pour assurer le soin des enfants et du ménage. Ainsi, l'un des conjoints devient financièrement à la charge de l'autre et perd dans une certaine mesure sa capacité de gagner sa vie.

La notion de l'égalité dans le mariage exige que tous les avantages économiques (c'est-à-dire les biens) et tous les désavantages (c'est-à-dire le manque à gagner) créés par le mariage soient partagés par les deux époux au moment du divorce. En même temps, il faudrait reconnaître que la situation se modifie après le divorce et les époux devraient tenter, dans la mesure du possible et dans un délai raisonnable, d'atteindre l'autonomie financière. Comme le déclarait la Commission de réforme du droit en 1976, après le divorce chacun "doit éventuellement pouvoir subvenir à ses propres besoins . . . comme doivent le faire toutes les autres personnes non mariées, au bout d'un délai raisonnable."

Cela ne signifie évidemment pas que l'autonomie financière soit toujours un objectif raisonnable pour le conjoint autrefois à charge. Par exemple, la femme qui s'est retirée du marché du travail depuis trente ans pourrait évidemment ne pas être en mesure de subvenir à ses propres besoins, alors qu'une femme plus jeune, peut-être sans enfants, pourrait y arriver. Il faut prévoir de telles situations, et le conjoint autrefois à charge devrait être protégé contre les graves difficultés financières qui pourraient découler de la dissolution du mariage.

Les objectifs du soutien financier devraient être précisés dans la *Loi sur le divorce* afin que, dans la mesure du possible, les conséquences économiques du divorce soient réglées de façon juste et uniforme. Ces objectifs devraient établir des directives générales servant à fixer la nature et la valeur du soutien financier, sans tenir compte de facteurs comme le comportement des conjoints. Nous estimons que les objectifs du soutien financier devraient être les suivants:

- 1) Reconnaître que certains avantages (par exemple les biens, la carrière du soutien de famille) et certains désavantages (par exemple l'absence de formation professionnelle, le peu d'occasions de gagner sa vie pour le conjoint à charge) découlent des dispositions prises pendant le mariage et devraient être partagés également entre les époux après le divorce;
- 2) Partager entre les deux conjoints le fardeau financier du soin des enfants;

La procédure adoptée par les provinces pourrait simplifier considérablement le divorce, lorsqu'un procès n'est pas nécessaire. Il en résulterait sans doute des économies considérables, tant en termes de temps et de frais pour les tribunaux qu'en termes d'aide juridique. Si les provinces le désiraient, les ressources ainsi économisées pourraient être utilisées pour créer des services de consultation et de médiation relevant soit du tribunal, soit de la collectivité.

Les services de consultation et de médiation constituent des solutions de rechange valables pour régler les conflits. Une fois éliminée la nécessité d'un procès dans tous les cas, on pourrait encourager le recours à des solutions de ce genre.

Si les services de médiation pouvaient remplacer le procès, les conjoints seraient moins incités à transformer les problèmes conjugaux en questions juridiques, à "prouver" la rupture du mariage ou à "justifier" leur insatisfaction. En conséquence, ils seraient plus portés à admettre que l'échec du mariage est un problème que se partagent deux partenaires égaux et qui ne peut être résolu que par une collaboration raisonnable et constructive. Ainsi, la réforme projetée créerait une situation où les services de consultation pourraient être plus efficaces.

3. L'accès aux tribunaux

Pour éliminer les restrictions qui empêchent de nombreux Canadiens d'avoir accès aux tribunaux de divorce, on devrait simplifier les exigences dans ce domaine. Les trois conditions actuellement en vigueur devraient être remplacées par la seule exigence de la "résidence ordinaire". La loi disposerait que l'on peut présenter une demande en divorce à un tribunal d'une province donnée si un ou l'autre conjoint habite normalement cette province depuis au moins un an lors de la présentation de la demande.

Ainsi, quelqu'un qui habite normalement dans une province donnée depuis un an, mais qui quitte la province pour plusieurs mois, pourrait toujours demander le divorce dans cette province. Mais il ne pourrait pas présenter une demande dans une province où ni lui ni son conjoint n'habitent pas normalement depuis au moins un an.

Cette simplification suffirait à empêcher le "magasinage" injustifié, sans imposer des restrictions trop sévères à ceux qui se sont trouvés dans l'obligation de changer fréquemment de résidence.

Lorsqu'un seul des conjoints désire le divorce, une période de séparation d'un an devrait être considérée comme une preuve suffisante de l'échec du mariage. Si les époux vivent déjà séparés l'un de l'autre depuis au moins un an et que l'un ou l'autre présente une requête en divorce, le divorce devrait être accordé sans autre délai. Cependant, si les époux vivent ensemble et que l'un des deux présente une requête en divorce sans le consentement de l'autre, on exigerait une période de séparation d'un an après la présentation de la requête.

Ces conditions pourraient constituer le fondement d'un régime de divorce ne tenant pas compte de la faute. La rupture du mariage serait la seule cause de divorce et pourrait être invoquée dans les cas suivants: a) les deux époux veulent un divorce et ont attendu un an après avoir présenté la requête; ou b) l'un des deux époux désire le divorce et ils ont vécu séparés pendant un an avant ou après la présentation de la requête. Tout en décourageant les divorces impulsifs, ces conditions éliminent entièrement la notion de faute et diminuent le caractère conflictuel de la procédure de divorce.

2. Le procès

Le fait de soumettre la dissolution d'un mariage à un procès contradictoire ne semble pas une façon constructive de régler les conflits familiaux et cette pratique devrait se limiter aux cas où elle est absolument nécessaire. Lorsqu'aucune question n'est contestée, l'exigence d'un procès en bonne et due forme peut sûrement être mise en doute.

On devrait donc abandonner l'exigence d'un procès en bonne et due forme dans tous les cas et mettre au point des procédures de divorce n'exigeant pas nécessairement de procès. Par exemple, on pourrait mettre sur pied un régime où un fonctionnaire de la cour examinerait les témoignages écrits présentés par les parties en cause à l'égard de leurs motifs de divorce et des conséquences du divorce sur le plan financier et sur celui de la garde des enfants. Si la preuve démontre que toutes les exigences de la loi sont respectées et qu'il n'y a pas de question contestée, il n'y aurait pas d'autres procédures devant le tribunal, et le juge pourrait accorder le divorce.

Si l'on cessait d'exiger un procès dans les cas non contestés, les provinces pourraient mettre au point des méthodes appropriées à de tels cas. Puisque la procédure de divorce est en général régie par les provinces, les détails ne seraient pas incorporés à la *Loi sur le divorce*.

Si, d'autre part, on éliminait complètement la période de séparation, on pourrait adopter un régime de divorce connu sous le nom de "divorce sur demande". Dans un tel régime, la rupture du mariage serait prouvée de façon concluante dès que l'un ou l'autre conjoint affirmerait que le mariage a abouti à un échec, et le divorce pourrait être accordé immédiatement. La Suède a adopté un régime de ce genre en 1974.

Ce régime repose sur le principe que le mariage se fonde sur l'engagement libre de l'un et l'autre époux, et qu'il devrait être dissous si l'un ou l'autre conjoint retire son engagement. Ce principe a de nombreux partisans et, comme façon d'aborder le divorce, il présente certains avantages. À tout le moins, la procédure de divorce serait simple, peu coûteuse et non contradictoire, se concentrant uniquement sur les conséquences du divorce.

Le fait d'adopter la simple affirmation de l'échec comme seule cause de divorce comporte également des inconvénients majeurs et pourrait être perçu comme un danger pour l'institution même du mariage. Bon nombre de mariages passent par des époques où ils sont particulièrement fragiles, et un régime de divorce sur simple demande n'encourage pas les conjoints à peser soigneusement une décision qui pourrait être prise à un moment de tension inhabituelle. Sans encouragement positif à penser à la réconciliation, le régime pourrait favoriser un divorce trop rapide que les deux époux pourraient regretter par la suite. Le divorce sur demande permettrait donc de réaliser certains des objectifs de la réforme, mais les coûts en seraient trop élevés à la fois pour la société et pour les personnes en cause.

On devrait donc imposer certaines périodes d'attente avant d'accorder le divorce. Un sondage réalisé récemment pour le gouvernement fédéral montre qu'environ 85 % des Canadiens adultes sont d'avis qu'une période d'attente d'un an ou moins serait appropriée pour prouver la rupture du mariage. Il semble qu'une période d'un an constitue un compromis raisonnable entre la nécessité de veiller à ce que la décision de divorcer soit soigneusement pesée et le risque de créer des difficultés inutiles aux époux qui croient que leur mariage ne peut être sauvé. Si l'on accepte une période d'attente d'un an, la seule autre question qui reste à résoudre est de savoir s'il y a lieu d'imposer d'autres conditions pour prouver l'échec du mariage.

Lorsque les deux conjoints affirment que leur mariage est un échec et conviennent de divorcer, il ne devrait y avoir aucune autre exigence que la période d'attente d'un an. S'il n'y a pas de réconciliation au cours de ce délai, aucune autre preuve de l'échec du mariage ne devrait être nécessaire.

1. Les causes de divorce

De nombreuses solutions sont envisageables à l'égard des causes de divorce. On pourrait par exemple conserver les causes impliquant la faute et réduire la période de séparation exigée pour la rupture du mariage, en laissant par ailleurs les choses essentiellement comme elles sont maintenant. À l'autre extrême, on pourrait envisager le "divorce sur demande", permettant à l'un ou l'autre conjoint d'obtenir immédiatement le divorce sur simple demande. Pour évaluer les solutions, il faut tenir compte à la fois des critiques formulées à l'égard des causes actuelles et des buts généraux visés par la réforme du divorce.

On pourrait résoudre certaines difficultés que présente le régime actuel en conservant les causes actuelles de divorce, axées sur la faute, mais en réduisant la période de séparation nécessaire à la preuve de la rupture du mariage. En raccourcissant la période de séparation, on réduirait la "pénalité" imposée à ceux qui désirent éviter de recourir aux causes impliquant la faute. Par conséquent, on serait peut-être moins porté à "fabriquer" des causes ou à y recourir dans le seul but d'accélérer la procédure de divorce.

Malheureusement, cette suggestion se contente d'aménager le régime actuel. Les causes axées sur la faute seraient conservées et rien ne répondrait aux critiques fondamentales dirigées contre la notion de faute. On continuerait à voir le divorce comme un conflit opposant un conjoint "innocent" et un conjoint "coupable", d'après le postulat naïf qu'un seul acte d'inconduite peut entraîner l'échec total d'un mariage. L'hostilité résultant de cette approche continuerait à nuire aux tentatives de réconciliation et à la possibilité de s'accorder sur le rôle principal du divorce est de remédier à l'échec du mariage et non de récompenser une bonne conduite ou d'en punir une mauvaise, toute façon d'aborder le divorce impliquant le recours à l'idée de faute ne fera que perpétuer les difficultés.

Si l'on rejetait complètement les causes fondées sur la faute et que l'on acceptait la "rupture du mariage" comme seule cause de divorce, il suffirait de prouver une séparation d'une durée de trois ans pour établir la rupture du mariage.

Il semble trop rigoureux d'exiger une période d'attente de trois ans pour accorder le divorce à des conjoints certains de l'échec de leur mariage. Il n'y a aucun avantage à prolonger une relation qui a cessé de fonctionner.

RÉFORME PROJETÉE

divorce rapide, si son conjoint veut mettre un terme au mariage et est prêt à accepter le "blâme" de l'échec du mariage. Une procédure de divorce épurée de la faute éliminerait ce pouvoir de négociation et pourrait permettre de forcer le conjoint à charge au divorce après une très brève période d'attente. Si la proposition de la Commission de réforme du droit quant à l'élimination de la faute des causes de divorce était entrée en vigueur sans législation sur le partage des biens conjugaux entre les époux, le conjoint à charge aurait pu se trouver partiellement ou totalement démuní, si ce n'est la possibilité de se voir accorder une pension alimentaire.

Au cours des dernières années, cependant, toutes les provinces ont adopté des lois prévoyant le partage des biens conjugaux. La plupart des lois en cause reconnaissent expressément que le soin des enfants, la gestion du ménage et le soutien financier incombent aux deux partenaires et qu'en général chaque conjoint a droit à une part égale des biens du ménage. Il y a des différences entre les provinces quant à la définition des biens conjugaux et quant aux facteurs qui justifient un partage inégal des biens. Par exemple, certaines provinces restreignent les biens conjugaux aux actifs servant à la famille, comme la maison et la voiture, alors que d'autres y incluent notamment les placements commerciaux ou les crédits de pension. Malgré ces différences, toutes les provinces retiennent le principe du partage égal.

En vertu du régime actuel de divorce, axé sur la faute, le conjoint à charge peut négocier un soutien financier ou des biens en échange d'un n'aurait pas eu droit au partage de ces biens.

aurait pu avoir des résultats désastreux pour le conjoint à charge qui tenant pas compte de la faute, comme celle que proposait la Commission. Dans de telles circonstances, l'adoption d'une procédure de divorce ne appartenaient normalement au conjoint qui assurait le soutien financier. recevoir une part des biens de la famille acquis par l'autre; ceux-ci selon lequel le mariage est une société permettant au conjoint à charge de rapport, les provinces n'avaient pas toutes des lois appliquant le concept Au moment où la Commission de réforme du droit a présenté son

5. Le partage des biens conjugués

famille, notamment dans les cas de divorce. à encourager des procédures non contradictoires en matière de droit de la services de soutien existants peuvent, dans de nombreuses régions, servir familiaux. L'expérience acquise grâce à ces projets porte à croire que les médiation peuvent s'avérer des outils précieux pour résoudre les conflits Les projets-pilotes ont démontré que les services de consultation et de mettre sur pied un tel tribunal cette année.

intégrale à l'échelle de la province. Le Manitoba étudie la possibilité de Prince-Édouard ont mis sur pied des tribunaux de la famille à juridiction continuent à fonctionner, alors que le Nouveau-Brunswick et l'Île-du- (Ontario), à Saskatoon (Saskatchewan) et à Saint-Jean (Terre-Neuve) initiative a reçu un accueil favorable. Les tribunaux institués à Hamilton certain nombre de projets-pilotes de tribunaux de la famille, et cette et l'on a tenté de mettre en place de tels services. Depuis 1976, les rechange à la procédure contradictoire a suscité un intérêt considérable offrir des services de consultation et de médiation comme solution de La suggestion de la Commission d'amener les tribunaux de la famille à

4. L'amélioration des tribunaux de la famille

disparaitre complètement la notion de faute. Depuis lors, on favorise de plus en plus un système de divorce qui ferait en 1976, par les ministres fédéraux et provinciaux chargés de la justice. celles qui portent sur la réforme du divorce ont été endossées en principe. Ces recommandations ont reçu un accueil favorable dans la presse, et

les conflits familiaux, comme l'utilisation de services de consultation et de médiation. On vise à rendre le fonctionnement du droit de la famille moins dommageable pour les parties en cause et à leur assurer un meilleur soutien psychologique.

3. La Commission de réforme du droit du Canada (1976)

En 1976, la Commission de réforme du droit du Canada terminait une étude majeure du droit de la famille au Canada. Cette étude a abouti à un certain nombre de recommandations, dont les plus importantes sont résumées ci-dessous.

1) Le droit du divorce:

- a) On devrait éliminer le principe de la "faute", et la "rupture du mariage", prouvée par l'affirmation de l'un ou l'autre conjoint, devrait être adoptée comme seule cause de divorce.
- b) La notion de "faute" ne devrait pas servir à déterminer les arrangements financiers entre les époux ni à attribuer la garde des enfants.
- c) Lorsqu'elles sont rendues en vue de répondre aux besoins créés par le mariage, les ordonnances de versement d'une pension alimentaire devraient avoir pour but de permettre au conjoint autrefois à charge de surmonter ses désavantages économiques et d'atteindre l'autonomie économique. La pension alimentaire ne devrait pas être considérée comme une garantie de sécurité à vie.
- d) On devrait limiter le recours au processus contradictoire dans les actions en divorce.
- e) Le processus de divorce devrait protéger les intérêts des enfants.

2) Bien conjugués:

- a) Chaque conjoint devrait avoir droit à une part égale des biens acquis pendant le mariage.

3) Tribunaux de la famille à juridiction intégrale:

- a) On devrait mettre sur pied des tribunaux s'occupant de toutes les questions de droit de la famille, y compris le divorce.
- b) Devant ces tribunaux, le recours au processus contradictoire devrait être limité.
- c) Ces tribunaux devraient assurer des services de consultation et de médiation comme solution de rechange à un procès en bonne et due forme pour résoudre les conflits familiaux.

1. La réforme du divorce dans les autres pays

Jusqu'à dernièrement, dans la plupart des pays occidentaux, le droit du divorce était similaire au droit canadien actuel, fondé sur le principe de la "faute". La preuve qu'un conjoint "coupable" avait commis une quelconque infraction matrimoniale donnait droit au conjoint "innocent" d'obtenir le divorce.

De plus en plus, cependant, on s'est rendu compte dans ces pays que l'échec du mariage intervenait souvent sans qu'il y ait "faute" de l'un ou l'autre époux. Vers 1950, on a commencé à s'éloigner de plus en plus de la notion de "faute". L'Angleterre, la France, l'Allemagne, la Suède et plusieurs des États américains se sont orientés vers un divorce fondé sur le seul échec du mariage. Certains pays ont maintenant éliminé totalement l'idée de faute des causes de divorce. On se préoccupe moins des causes de divorce et davantage de la justice des conséquences économiques du divorce pour les parties en cause.

2. La réforme du droit de la famille

Le droit du divorce fait partie du domaine plus vaste du droit de la famille, c'est-à-dire de l'ensemble des textes qui définissent les droits et les obligations des membres de la famille et prévoient, au besoin, une façon de régler les conflits familiaux. La compétence législative en matière de droit de la famille est partagée entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux. Le gouvernement fédéral est seul compétent pour légiférer sur les questions qui ont trait au divorce, et notamment sur les conséquences du divorce, comme la garde des enfants et le soutien financier. Les provinces ont compétence à l'égard de nombreux aspects de la relation matrimoniale *avant* sa dissolution, comme le soutien financier, la garde et le bien-être des enfants pendant une séparation légale. Les provinces s'occupent également des biens matrimoniaux et ont légiféré sur le partage des biens au moment de la dissolution du mariage.

Les provinces ont travaillé activement à la réforme du droit de la famille. Dans le droit provincial relatif à la séparation, au soutien des enfants et au soutien financier des époux avant le divorce, la tendance est de minimiser l'idée de faute et de considérer de plus en plus le mariage comme une société de partenaires égaux. On est aussi de moins en moins satisfait du recours au processus contradictoire dans les tribunaux de la famille. Bon nombre de provinces étudient d'autres moyens de résoudre

HISTORIQUE DE LA RÉFORME DU DIVORCE

et devrait entrer en ligne de compte dans le calcul du soutien financier. Dans de nombreux cas, cependant, le conjoint à charge pourra être en mesure de s'adapter au marché du travail, surtout si l'on prend des dispositions lui permettant d'acquiescer une certaine formation professionnelle ou de poursuivre ses études. Ce conjoint pourra un jour devenir autonome et financièrement indépendant. L'actuelle *Loi sur le divorce* ne reconnaît pas expressément que, compte tenu des besoins et de la situation de chaque conjoint, l'autonomie pourrait être un objectif à la fois réalisable et souhaitable dont il faudrait tenir compte lors de l'octroi du soutien financier.

5. Les droits des enfants

La *Loi sur le divorce* est encore plus vague au sujet des droits des enfants touchés par le divorce qu'au sujet du soutien financier. Les intérêts et les droits des enfants du couple qui divorce ne sont même pas mentionnés dans la Loi. Les enfants n'ont pas le droit de se faire entendre à l'égard des décisions qui les concernent ou des dispositions qui sont prises pour leur entretien et leur garde. La Loi ne garantit pas aux enfants le droit d'être représentés séparément, même si leurs propres intérêts peuvent être en conflit avec ceux de leurs parents. Il n'est pas non plus précisé si une personne autre qu'un parent, par exemple un grand-parent, peut demander la garde de l'enfant ou un droit de visite.

Le divorce a des répercussions majeures et directes sur les intérêts et le bien-être de l'enfant. Ce dernier devra subir une réorganisation substantielle de sa vie et de ses liens familiaux, et il est sûrement inacceptable que la loi ne tienne pas explicitement compte de ce fait.

En pratique, les tribunaux ont tenu pour acquis que, lorsque des enfants sont en cause, leur intérêt et leur bien-être doivent avoir priorité. Mais puisque la *Loi sur le divorce* ne contient pas de directives claires, les enfants risquent de ne pas recevoir le meilleur traitement. On dit souvent que les enfants sont "pris entre deux feux" lors d'un divorce; le droit de garde et le droit de visite peuvent servir de moyens de vengeance ou de monnaie d'échange dans les négociations financières entre les parents. Le droit du divorce doit comporter des garanties expresses assurant que les procédures de divorce et les aménagements qui en découlent seront justes pour les enfants.

Le but de ces exigences est d'empêcher quelqu'un de demander un divorce dans une province donnée tout simplement parce que cela le favorise et risque d'incommoder l'autre conjoint. Par exemple, les règles empêchent quelqu'un qui habite normalement l'Ontario de présenter en Alberta sa demande en divorce dans le seul but de rendre la contestation plus difficile pour son conjoint. Il faut trouver une façon d'assouplir les règles qui permettent aux gens d'avoir accès aux tribunaux de divorce tout en continuant d'empêcher ce genre de comportement.

4. Le soutien financier

Les tribunaux ont le pouvoir d'ordonner à l'un des époux d'assurer à l'autre un soutien financier après le divorce, soit par des paiements forfaitaires, soit par des versements échelonnés. La *Loi sur le divorce* ne mentionne pas le but de ce soutien financier et les critères qui servent à en établir la valeur monétaire sont mal définis. Cette imprecision a abouti à des variations importantes quant à la nature et au montant du soutien financier accordé par les tribunaux.

Pour fixer le soutien financier, les tribunaux ont souvent tenu davantage compte du comportement du conjoint à charge que des besoins et moyens financiers de chaque conjoint. Si le conjoint à charge est coupable d'une quelconque inconduite, cela signifie qu'il pourrait recevoir un soutien financier moindre. Mais puisque le fait d'être coupable d'une infraction matrimoniale n'augmente pas les ressources financières disponibles, le conjoint indépendant coupable d'inconduite ne paie pas d'ordinaire une pension alimentaire plus élevée. En conséquence, le conjoint "coupable" n'encontre une pénalité financière que s'il est à la charge de l'autre conjoint.

Les tribunaux ont tendance à accorder des pensions alimentaires à long terme, ce qui laisse entendre que ces pensions ont d'abord pour but d'assurer "la sécurité à vie" à l'un des conjoints, quelles que soient les circonstances de la cause. S'il est vrai que souvent le conjoint à charge devrait avoir droit à un soutien financier à long terme, il n'en est pas toujours ainsi.

Après s'être retiré de la vie active pour assurer la direction du ménage et le soin des enfants, le conjoint à charge pourra trouver difficile, voire impossible, de gagner un revenu raisonnable après le divorce. Cette diminution de la capacité de gagner sa vie résulte directement du mariage

S'il existe des situations où le processus contradictoire est tout indiqué, il semble que tel ne soit pas le cas pour toutes les actions en divorce. Ceux qui passent par la pénible rupture de leur mariage ont rarement manifestement tort ou raison. Il y a rarement une victime innocente et un méchant coupable.

Le procès ne semble pas non plus une façon constructive de traiter chaque cas de divorce, surtout lorsque les époux conviennent de divorcer et ont pris des dispositions pour régler les conséquences de leur divorce. En exigeant que la rupture du mariage soit soumise au processus contradictoire, on décourage les couples de chercher à régler à l'amiable leurs difficultés. À l'heure actuelle, la collaboration peut nuire aux intérêts financiers et familiaux de l'un des conjoints, puisque l'issue du procès repose en principe sur la capacité de l'un des époux d'attaquer l'autre. Le conflit est intensifié et, s'il y a des enfants, l'amertume qui en découle peut continuer à nuire aux relations de la famille après le divorce.

3. L'accès aux tribunaux

La *Loi sur le divorce* soumet la présentation d'une requête en divorce dans une province donnée à trois conditions. Le demandeur doit avoir un domicile permanent au Canada. De plus, le demandeur ou son conjoint doit habiter normalement la province pendant les 12 mois précédant la présentation de la requête et doit avoir effectivement été dans la province pendant au moins 10 mois.

Les Canadiens sont de plus en plus mobiles et changent fréquemment de lieu de résidence à cause de leur travail ou de leurs études, ou pour des raisons de famille. Par conséquent, un nombre considérable de personnes ont du mal à se conformer à ces rigoureuses exigences et n'ont pas accès aux tribunaux de divorce.

Les causes impliquant la faute se fondent sur le postulat irréaliste qu'il est possible de préciser les causes de la rupture du mariage au moyen d'une liste limitée de comportements. Les mariages aboutissent à l'échec pour un grand nombre de raisons complexes, qui impliquent d'ordinaire les deux partenaires. Il est rare que l'on puisse ramener à un seul acte la cause de l'échec total d'un mariage. Une étude récente des affaires de divorce montre que les causes utilisées lors des actions en divorce n'ont en fait que peu de rapport avec les raisons réelles du divorce, mais sont choisies pour des raisons de commodité en fonction des exigences de la loi.

Un divorce fondé sur des causes impliquant la faute peut souvent être accordé aussitôt que les tribunaux ont le temps de s'occuper de l'affaire. Si l'on veut éviter le recours à ces causes, il faut supporter une période de séparation de trois ou de cinq ans pour "prouver" que le mariage est un échec. Il y a donc en fait une pénalité si l'on n'a pas recours aux causes impliquant la faute. Cette pénalité est arbitraire et peut encourager ceux qui veulent divorcer à fabriquer de toutes pièces des causes reposant sur la faute. Plus de 90 % de toutes les actions en divorce ne sont pas contestées et impliquent une certaine forme d'entente entre les époux au moment du procès. Souvent, on alléguera la "faute" tout simplement pour se conformer à la loi, qui ne permet pas le divorce par consentement.

2. Le procès

La Loi sur le divorce dispose que le divorce ne peut être accordé qu'après un procès en bonne et due forme. Le procès de divorce repose, en principe, sur le processus contradictoire qui sert dans les poursuites civiles, par exemple pour une rupture de contrat d'affaires. On dit souvent que l'un des époux "poursuit" l'autre en divorce, et il est littéralement vrai que chaque action en divorce est une forme de poursuite en justice.

Le processus contradictoire est conçu pour des cas où l'une des parties doit avoir raison et l'autre tort; le procès sert à déterminer qui a raison. Les participants sont dressés l'un contre l'autre, tandis que le juge observe le combat et finit par proclamer l'un des côtés "gagnant". Le gagnant a raison et il est innocent; le perdant a tort et est coupable d'avoir causé un préjudice à l'autre.

1. Les causes de divorce

En vertu de l'actuelle *Loi sur le divorce*, les causes de divorce se regroupent en deux grandes catégories: la faute et la rupture du mariage.

Les causes fondées sur le principe de la faute permettent d'accorder le divorce à l'un des conjoints si l'autre a commis une infraction matrimoniale. Par "infraction matrimoniale" on entend l'un des actes limitativement précisés par la loi en question, comme l'adultère, la cruauté physique ou mentale, la sodomie ou la bestialité.

La rupture permanente du mariage constitue une cause de divorce, à la condition que les époux soient séparés et que l'on puisse faire la preuve de la rupture. Bien que cette cause ne soit pas techniquement fondée sur la "faute", les circonstances qui peuvent servir de preuve de la rupture du mariage tendent à faire porter le blâme sur l'un des conjoints plus que sur l'autre. Par exemple, si l'un des conjoints s'adonne de façon excessive à l'alcool ou aux stupéfiants depuis au moins trois ans, l'autre conjoint peut se servir de ce fait comme preuve de la rupture du mariage.

Si les conjoints sont séparés depuis longtemps, la séparation elle-même peut servir de preuve de la rupture. La durée de la séparation qui permet une requête en divorce dépend du comportement de chacun des époux; ici encore, la notion de faute peut entrer en jeu. Le conjoint abandonné peut demander le divorce après trois ans. Cependant, le conjoint qui a abandonné le domicile conjugal doit attendre cinq ans avant de demander le divorce.

La seule preuve de la rupture du mariage qui n'implique pas la faute d'un conjoint est la séparation par consentement mutuel. Dans ce cas, la séparation doit durer depuis trois ans pour que le divorce puisse être accordé.

En mettant l'accent sur la faute de l'un des époux lors de la rupture du mariage, les causes actuelles de divorce rendent encore plus difficile une situation déjà pénible. Le régime actuel repose sur la possibilité pour l'un des époux d'établir que l'échec du mariage est attribuable à une faute de son conjoint. À partir des accusations d'inconduite, le conflit matrimonial peut facilement dégénérer en une suite improductive de contre-accusations et de représailles. Ce mécanisme décourage les époux de tenter une réconciliation ou de collaborer à résoudre les questions de soutien financier ou de garde des enfants.

LE DROIT ACTUEL DU DIVORCE

sur le divorce devraient également, le cas échéant, constater l'échec définitif d'un mariage et permettre d'y mettre fin de la façon la plus paisible et la moins pénible possible, en encourageant le recours aux services de médiation qui pourraient aider à régler les conséquences du divorce.

Vu ces objectifs et compte tenu des lacunes du droit actuel, le gouvernement fédéral propose des modifications fondamentales à la *Loi sur le divorce*. Pour encourager la discussion de ces propositions, nous présentons ici les grandes lignes et une évaluation critique de la loi actuelle, nous examinons les tendances récentes en matière de réforme du divorce et nous tentons de démontrer le bien-fondé des propositions que nous mettons de l'avant.

Toute réforme du droit du divorce devrait compter parmi ses objectifs la préservation de l'unité familiale, dans toute la mesure du possible, en permettant une véritable tentative de réconciliation. Cependant, les lois

3. Les objectifs de la réforme

Des associations juridiques, des représentants des Églises, des professionnels de la santé mentale, des travailleurs sociaux, des femmes et des particuliers de tout le Canada ont insisté sur la nécessité de procéder à une réforme. Tous conviennent que le processus actuel de divorce est inutilement conflictuel et ne réussit pas à favoriser la réconciliation ou la médiation entre les parties. La *Loi sur le divorce* ne garantit pas que les aménagements financiers et les dispositions concernant la garde des enfants après le divorce seront justes pour toutes les personnes en cause, y compris les enfants. En outre, la procédure judiciaire nécessaire au divorce est excessivement compliquée et entraîne des dépenses extrêmement importantes tant pour la société que pour les particuliers.

Avec les années, il est devenu manifeste que la façon actuelle de concevoir le divorce ne constitue pas la meilleure manière de régler les conflits matrimoniaux. Le divorce se fonde sur un processus contradictoire qui encourage les époux à se faire la lutte. Ceci aggrave des tensions déjà pénibles, suscite des scènes déplorables devant le tribunal et réduit les possibilités de réconciliation. L'hostilité qui caractérise ce mécanisme souvent déshumanisant et négatif du tout au tout, ne se limite pas à la seule salle d'audience et nuit aux chances que la famille pourrait avoir d'établir au moins un semblant de contact positif après le divorce.

2. La nécessité d'une réforme

Le divorce devenant un phénomène social de plus en plus important, il ne faut pas s'étonner que le droit du divorce suscite tant d'intérêt. Les critiques portent habituellement sur les causes du divorce, sur son mécanisme et sur ses conséquences en termes de soutien financier des époux ainsi que de garde et d'entretien des enfants.

tard dans le jugement des affaires. Au seul chapitre des frais juridiques, le divorce a forcé les Canadiens à dépenser environ 500 millions de dollars au cours des dix dernières années.

1. Le mariage et le divorce au Canada

Le concept de la famille et celui de l'inviolabilité du mariage ont des racines profondes dans la société canadienne. Traditionnellement, en s'épousant on croit s'engager pour la vie. Malheureusement, et pour diverses raisons, la société doit faire face à la question difficile de ce qu'il faut faire lorsqu'un mariage aboutit à l'échec, compte tenu des graves conséquences émotives et financières qui en résultent pour les époux et pour leurs enfants.

Même si elle veut préserver l'unité de la famille et encourager, dans la mesure du possible, la réconciliation des partenaires en difficulté, la société doit prévoir les conséquences juridiques des conflits familiaux et prendre des dispositions raisonnables pour mettre fin par le divorce à un mariage qui aboutit à l'échec ou à une rupture irréparable. Au Canada, ces dispositions se retrouvent présentement dans la *Loi sur le divorce*, promulguée en 1968. Il s'agit de la première loi uniforme sur le divorce, qui soit entrée en vigueur au Canada. Au moment de son adoption, il était prévu qu'elle serait modifiée pour tenir compte de l'évolution de la réalité sociale.

La *Loi sur le divorce* est maintenant en vigueur depuis 15 ans et n'a subi presque aucune modification. Étant donné les importants changements sociaux et économiques que le Canada a connus au cours des dernières années, le temps est venu de la revoir en profondeur. Les rôles traditionnels des membres de la famille se sont modifiés, on accepte mieux le divorce et l'on comprend mieux la complexité du lien matrimonial.

Plus de Canadiens que jamais auparavant ont à subir les conséquences financières, psychologiques et émotives du divorce. Le nombre des divorces est passé de 29 775 en 1970 à 70 436 en 1982. Près de 40 % des (premiers) mariages se terminent maintenant au Canada par un divorce. Le taux de divorce de 286 par 100 000 habitants en 1982 indique une augmentation de près de 100 % par rapport à celui d'il y a une dizaine d'années en 1972. À l'heure actuelle, le divorce intervient en moyenne après douze ans de mariage, alors qu'en 1969 il n'intervenait qu'après 16 ans de mariage. Au surplus, les Canadiens divorcent de plus en plus jeunes. Moins de 1 % de toutes les demandes en divorce sont rejetées par les tribunaux, et seulement une affaire en divorce sur vingt est contestée lors du procès. Néanmoins, la complexité de l'actuelle loi sur le divorce entraîne des frais judiciaires considérables de même qu'un énorme re-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	
1. Le mariage et le divorce au Canada	2
2. La nécessité d'une réforme	3
3. Les objectifs de la réforme	3
LE DROIT ACTUEL DU DIVORCE	
1. Les causes de divorce	6
2. Le procès	7
3. L'accès aux tribunaux	8
4. Le soutien financier	9
5. Les droits des enfants	10
HISTORIQUE DE LA RÉFORME DU DIVORCE	
1. La réforme du divorce dans les autres pays	12
2. La réforme du droit de la famille	12
3. La Commission de réforme du droit du Canada (1976)	13
4. L'amélioration des tribunaux de la famille	14
5. Le partage des biens conjugués	14
RÉFORME PROJETÉE	
1. Les causes de divorce	18
2. Le procès	20
3. L'accès aux tribunaux	21
4. Le soutien financier	22
5. Les droits des enfants	23
6. L'exécution des ordonnances de garde et de pension alimentaire	24
CONCLUSION	
1. Un nouveau rôle pour le droit du divorce	28
2. Questions sur la réforme	29
3. Résumé des propositions	31

En 1968, au moment de l'adoption du premier texte unifiant le droit du divorce, le gouvernement fédéral s'est engagé à réviser la loi considérée lorsque l'évolution des circonstances l'exigerait. Or, les choses ont beaucoup changé depuis quinze ans. Le rôle traditionnel des membres de la famille a connu une transformation, la complexité des liens du mariage est mieux comprise, et le divorce est devenu plus largement accepté comme une solution raisonnable en cas d'échec du mariage. Le moment est donc venu de mettre notre droit du divorce en harmonie avec les réalités sociales.

Cette opinion est d'ailleurs partagée par les associations juridiques, les autorités religieuses, les professionnels de la santé mentale, les travailleurs sociaux, les associations de femmes, de même que par tous ceux que la question intéresse. Ils estiment, comme nous, que l'actuelle *Loi sur le divorce* est inutilement conflictuelle. Comme nous également, ils jugent que la loi actuelle, qui tend à faire dépendre l'échec du mariage de la faute de l'un des conjoints, rend la situation encore plus pénible et réduit les chances de réconciliation.

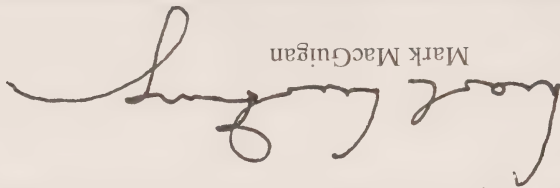
L'actuelle *Loi sur le divorce* reste d'autre part assez vague au sujet des droits des enfants, bien que le divorce puisse avoir des effets considérables sur leur bien-être.

La réforme que nous proposons n'aurait nullement pour effet de réduire l'importance du mariage et de la famille dans notre société. Elle vise seulement à reconnaître la nécessité de dissoudre de la manière la plus réaliste, la plus équitable et la moins douloureuse le mariage dont l'échec est irrémédiable. Les mesures mises de l'avant reflètent en outre l'obligation de protéger expressément les intérêts des enfants lors du divorce.

Le divorce est une question qui touche un grand nombre de Canadiens. En effet, un mariage sur trois, estime-t-on, se termine par un divorce. J'incite donc les particuliers et les associations à m'écrire pour me faire connaître leurs vues sur les modifications que nous proposons d'apporter à la *Loi sur le divorce*, afin que nous puissions nous assurer que la loi révisée réponde aux besoins des Canadiens.

Je vous prie d'agréer l'expression de mes sentiments les plus distingués.

Mark MacGuigan



Publié sous les auspices du ministre de la Justice.

Also available in English.

© Ministère des Approvisionnements et Services Canada 1984
ISBN 0-662-52350-4
No de Cat. J2-43/1984

Propositions de réforme du droit du divorce au Canada

Propositions de réforme du droit du divorce au Canada

Canada

